

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em que propugna pela declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 - que foi objeto inicialmente de veto presidencial, mas posteriormente rejeitado pelo Congresso Nacional (na sessão de 19/4/2021) – e novamente publicado em 30/4/2021.

Confira-se o teor do ato impugnado:

“§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do Juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência”.

Os argumentos centrais consistem, em apertada síntese: (i) prevenção do Ministro Nunes Marques em razão da propositura da ADI 6527/DF; (ii) inconstitucionalidade formal do dispositivo, tanto pela preclusão para a derrubada dos vetos pelo Congresso Nacional, na forma do disposto nos arts. 66 e 67 da CF/1988, quanto pela violação da competência normativa dos tribunais (art. 96, I, a, do Texto Constitucional); (iii) inconstitucionalidade material, na medida em que a vedação à realização de audiência de custódia por videoconferência afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV), assim como ao postulado do “respeito à integridade física e moral” dos presos (CF, art. 5º, XLIX).

Pede, em caráter liminar, *ad referendum* do Plenário, a suspensão da eficácia do § 1º do art. 3-B do CPP e, por consequência, a manutenção do art. 19 da Resolução 329/2020, do Conselho Nacional de Justiça, com a redação vigente. No mérito propugna que

“julgue procedente o pedido para declarar a nulidade, por vício de inconstitucionalidade, do § 1º do art. 3-B do CPP -- inserido pela Lei n. 13.964/2019, que foi objeto inicialmente de veto presidencial, mas posteriormente foi rejeitado pelo Congresso Nacional, na sessão de 19/4/2021, e objeto de nova publicação no DOU de 30/4/2021 -- bem ainda, e por consequência, declare a constitucionalidade do art. 19 da Resolução n. 329 do Conselho Nacional de Justiça, proclamando, assim, a possibilidade jurídica de os juízes realizarem audiência de custódia por meio de videoconferência” (e-doc.1).

O relator, Ministro Nunes Marques, reputou “plausível a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, ao menos enquanto durar a pandemia de Covid-19”, a fim de conceder em parte a liminar para

“suspender a eficácia da expressão ‘vedado o emprego de videoconferência’, constante do § 1º do art. 3º-B do DL n. 3.689/41, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.964/2019, de forma a permitir a realização das audiências de custódia por videoconferência, enquanto perdurar a pandemia de Covid-19, conforme art. 19, da Resolução n. 329/2020, CNJ, na redação que lhe foi dada pela Resolução n. 357/2020, CNJ, na forma do art. 10, § 3º, Lei n. 9.868/99, bem como no art. 21, V, do RISTF”.

Em seguida, o Ministro Luiz Fux, Presidente desta Suprema Corte, acolheu a solicitação apresentada pelo relator, a fim de determinar a inclusão do feito em sessão virtual extraordinária do Plenário desta Corte – para o referendo da liminar concedida - com início em 30/6/2021 (à 00h00min) e término em 1º /7/2021 (às 23h59min) (e-doc. 25).

O Senado Federal prestou informações, propugnando pela improcedência da ação com a consequente negativa de referendo à medida cautelar deferida.

É o relatório, naquilo que importa.

Bem examinados os autos, registro, inicialmente, em exame ainda perfunctório da inicial, próprio desta fase processual, que não se mostram presentes os pressupostos normativos autorizadores da concessão de medida liminar, a saber: (i) a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus*

boni iuris); e (ii) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*).

Nesse cenário, impõe-se assentar, desde logo, algumas premissas fáticas para a melhor compreensão do alegado conflito normativo, **especialmente quanto à incontroversa retomada das audiências de custódia, em sessão presencial, no contexto atual da pandemia da Covid-19, em diversas unidades da Federação, a partir da observância de rigorosos protocolos sanitários, conforme será explicitado adiante.**

Em primeiro lugar, rememoro que, no julgamento da ADPF 347-MC /DF, o Plenário desta Suprema Corte já teve a oportunidade de analisar a questão da obrigatoriedade da realização das audiências de custódia. Confira-se:

“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, editou a Resolução 213/2015 – que disciplinava a apresentação do custodiado - para determinar que, ressalvada situações manifestamente excepcionais (§4º do art. 1º), toda pessoa presa em flagrante delito, “independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”.

Não por acaso, o legislador ordinário promoveu a alteração no Código de Processo Penal, por meio da Lei 13.964/2019, para estabelecer a obrigatoriedade da audiência de custódia mediante a “apresentação ao juiz” da pessoa presa (infração inafiançável) e a realização da audiência “com a presença do acusado”, sob pena de relaxamento da prisão em flagrante:

“Art. 3-B. (...) ‘§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.’

‘Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e **o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.**’

‘Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, **o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:**

[...]

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva” (grifei).

Pois bem. Como se vê, diferentemente do alegado pela AMB, em nenhum momento o legislador assentou que os novos dispositivos estariam submetidos à disciplina do art. 185 do CPP, que, como se sabe, admite a realização de outros atos processuais por meio de videoconferência.

Tanto assim que, após a derrubada do veto, o Senador Flávio Arns apresentou o PLS 1.473/2021 em 20/4/2021, com o objetivo de autorizar a realização excepcional das audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia da COVID-19. Em 20/5/2021, referida proposta legislativa foi aprovada no Senado, com o seguinte texto final:

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A audiência de custódia do preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória poderá ser realizada mediante emprego de videoconferência, a critério do juiz competente, enquanto perdurar a emergência de saúde pública decorrente da pandemia de covid-19.

§1º A audiência de custódia por videoconferência a que se refere o *caput* será adotada quando não for possível a realização em 24 horas, da audiência de custódia de forma presencial.

§2º O exame de corpo de delito, que avalia a integridade física do preso, deverá ser disponibilizado ao juiz antes da realização da audiência.

§3º A audiência de custódia será presencial quando o juiz constatar, no laudo de exame de corpo de delito, a existência de evidências de tortura ou lesão corporal contra o preso.

§4º Deverá ser garantido ao preso, previamente à audiência de custódia por videoconferência, o direito de entrevista reservada com o seu advogado ou defensor, bem como o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação.

§5º Durante a audiência de custódia por videoconferência, deverão ser adotadas as seguintes medidas:

I – o preso permanecerá sozinho na sala durante a sua oitiva, ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor;

II – as câmeras de vigilância utilizadas na sala de oitiva deverão permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato;

III – deverá haver uma câmera na área externa da sala de oitiva, de modo a monitorar a entrada e a saída do preso.

§6º As salas destinadas à realização das audiências de custódia por videoconferência poderão ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidirem as audiências.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Na Câmara dos Deputados, o respectivo PLS encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), sob a relatoria do Deputado João Campos, conforme designação de 24/6/2021. O projeto tramita sob regime de prioridade e está sujeito à apreciação do Plenário daquela Casa.

Em segundo lugar, com o advento da pandemia da Covid-19, o CNJ recomendou, inicialmente, como forma de reduzir os riscos de contágio pelo novo coronavírus, a suspensão das audiências e do funcionamento presencial no âmbito do Poder Judiciário, incluindo-se as audiências de custódia, por meio da Resolução 313/2020 e da Recomendação 62/2020. Assim, o controle judicial das prisões passou a ser feito pelos magistrados, por meio da análise do auto de prisão em flagrante e do exame de corpo de delito, do qual também deveria constar o registro fotográfico do rosto e corpo inteiro da pessoa detida.

Passados, no entanto, 15 (quinze) meses desde o início da pandemia de Covid-19, as experiências práticas vivenciadas nesse período, o aumento progressivo da cobertura vacinal e o maior conhecimento sobre a dinâmica de disseminação do vírus viabilizam o restabelecimento da prática de atos processuais presenciais.

Com efeito, em consulta ao Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), verifica-se claramente, durante o período da pandemia de Covid-19 até junho de 2021, a realização de, no mínimo, 20 mil audiências de custódia presenciais em todo o País, corroborando a tese de que é possível retomá-las, sem a necessidade de videoconferência, adotando-se todas as medidas de biossegurança adequadas para a realização da solenidade com garantia à saúde de todos.

Ademais, o CNJ editou dois novos atos: (i) a Resolução 322/2020, que estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, além de outras providências; e a (ii) Recomendação 91/2021, que prescreve medidas adicionais à

Recomendação 62 e orienta, dentre outros aspectos, que os Tribunais concedam prioridade às audiências de custódia quando do planejamento ao retorno presencial.

Destaco, a propósito, que a Resolução 322/2020 deliberou que a retomada das atividades presenciais deverá ocorrer de forma gradual e sistematizada, observada a implementação das medidas mínimas de prevenção ao contágio da Covid-19, a partir de 15 de junho de 2020, se constatadas condições sanitárias e de atendimento de saúde pública. Nesse cenário, para além de incorporar medidas de acesso aos Tribunais (com o uso de máscara; a aferição de temperatura na entrada; manutenção da distância de cerca de 2 metros entre as outras pessoas; a descontaminação de mãos com álcool 70%), o ato do Conselho prevê a retomada das audiências de custódia. Confira-se:

“Art. 4º Na primeira etapa de retomada das atividades presenciais nos tribunais, ficam autorizados os seguintes atos processuais:

Parágrafo único. As audiências de custódia deverão ser retomadas assim que verificada a possibilidade de serem realizadas junto aos órgãos de segurança pública, observado o regramento previsto na Resolução CNJ n. 312/2020”.

Diante das referidas diretrizes, e apesar da autorização mitigada concedida na Resolução 329 pelo CNJ, verifico que as audiências de custódia foram retomadas de modo presencial em diversas unidades da Federação: Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Pará, Rio de Janeiro, Roraima e Sergipe.

O próprio CNJ publicou matéria intitulada “Tribunais retomam audiências de custódia regulares com protocolos de saúde”, dando ênfase a essa nova etapa. Aliás, o órgão de controle externou, naquela assentada, uma preocupante constatação:

“ Em levantamento realizado em junho deste ano, o CNJ identificou que, desde o início da pandemia e com a suspensão das audiências de custódia, houve um decréscimo de 83% no percentual de relatos de tortura e maus-tratos no ato da prisão, em comparação com o dado pré-pandemia. Em março de 2020 foram registradas 11,9 mil audiências de custódia, com 1.033 casos de tortura apontados (8,67% do total). Já entre abril e maio de 2020 foram realizadas 10,5 mil

audiências de custódia, com indicação de tortura e maus-tratos em apenas 150 casos (1,42% do total). Ao se comparar dados de abril 2019 com abril de 2020, a queda de relatos foi de 66% ” (grifei).

A parte autora, curiosamente, também publicou levantamento de medidas perpetradas para o retorno presencial nos Tribunais, a fim de exaltar, mais uma vez, a propalada “alta produtividade” do Judiciário.

Mas não é só. Conforme já explicitado, o tema foi objeto de recentíssima deliberação no Congresso Nacional por ocasião da derrubada do veto presidencial ao Pacote Anticrime, tendo sido restabelecida a vigência do §1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal.

Como se vê, os elementos informativos indicam, sob determinadas condições e protocolos rígidos, ser possível a realização presencial da audiência de custódia, por meio da adoção de simples medidas administrativas, tais como, v.g, o redimensionamento das salas de audiência e o uso obrigatório de equipamentos de proteção individual (EPIs) por todos os presentes.

Assim, no plano do mundo fenomênico, a realização da audiência de custódia por videoconferência, para além de negar a natureza do próprio instituto consolidado pelo Parlamento - cujo propósito é a condução da pessoa privada de liberdade à presença do juiz, a fim de que este possa verificar, com seus próprios olhos, a partir de uma escuta qualificada, quanto à legalidade e a necessidade da prisão - não encontra mais justificativa na crise decorrente da pandemia da Covid-19.

Diante desse quadro, diferentemente do lamentável argumento a *terrorem* da parte autora, não verifico qualquer risco ao Poder Judiciário, aos seus integrantes ou aos presos para a realização presencial da audiência de custódia, **como, aliás, vem ocorrendo em distintas unidades da Federação.**

Dito de outro modo, não há risco algum de prejuízo decorrente do retardamento da análise do mérito (*periculum in mora*).

Acrescente-se a tudo isso que, de acordo com pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - a partir de dados coletados nas audiências de custódia - constata-se que, em 82% (oitenta e dois por cento) dos casos em que foi relatada alguma agressão, tortura ou maus-tratos pelos presos, foram por eles apontados, como os agressores, os policiais militares que efetuaram a prisão.

Tal audiência, como é de conhecimento geral, visa justamente assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão. Sim, porque, acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o custodiado será ouvido, previamente, por um magistrado, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão flagrante em prisão preventiva.

Nessa oportunidade, o juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como o monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a exceção do ato de prisão, o que dificilmente ocorreria com a realização por videoconferência.

Nesse cenário, rememoro que tratados internacionais incorporados no nosso ordenamento jurídico asseguram ao investigado o direito fundamental de presença aos atos processuais (direito ao *day in court*). Confira-se, respectivamente, o previsto nos arts. 9º, 3 e 14, 3, d, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e nos arts. 7º, 5 e 8º, 2, d e f, do Pacto de São José da Costa Rica:

“ARTIGO 9 [...]

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

“ARTIGO 14 [...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...] d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;”

“ARTIGO 7 Direito à Liberdade Pessoal [...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

Destaco, ainda, que, em relatório apresentado por Diego García-Sayán, Relator Especial sobre a independência de juízes e advogados na Organização das Nações Unidas, constatou-se os fecundos impactos do pandemia da COVID-19 nos sistemas judiciais e no acesso à justiça, **incluindo a disfuncionalidade do emprego de instrumentos tecnológicos para o exercício da ampla defesa**. Veja-se:

“ 49. The pandemic has led to substantial limitations on the right to a public hearing, impacting transparency and the ability of civil society to monitor trials. Around the world, difficulties in gaining access to justice have been exacerbated by the pandemic.

50. Due process is a fundamental right, irrespective of the degree of emergency in a particular country. Although experience in recent months has shown that digital communication tools are very useful when dealing with quarantine and social distancing rules, some can be imprecise or even counterproductive in terms of access to justice, due process and judicial guarantees. The right to a defence has also been affected.

51. The technical limitations of certain digital tools used for online meetings in the context of judicial proceedings or tax investigations can sometimes make it difficult to maintain confidentiality during consultations between legal representatives and their clients. Testimonies or expert statements given online are more likely to be given under pressure and persons giving testimony or statements online may even receive instructions unnoticed. In addition, viewing on a screen can make it difficult to recognize objects and individuals,

which may have implications for the right to examine evidence. Privacy for meetings between clients and their lawyers must be strictly guaranteed, which is not the case with the digital tools currently in widespread use.

52. The criminal law of certain countries requires defendants to be physically present at trial. In such countries, it could be problematic to hold trials online, unless the law provides for such a possibility, especially since article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that all persons charged with a criminal offence have the right to be present at their trial.

53. Restrictions imposed on prison visits in order to contain the spread of the virus have seriously affected and interfered with the right of access to legal assistance. In certain Central Asian countries, the regulations adopted have had serious implications for defendants' right to a fair trial. In many court buildings, no adjustments were made to social distancing requirements in order to uphold the right to a public hearing".

Nesse cenário, não verifico a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*), nem tampouco, conforme acima explicitado, risco de dano irreparável.

Isso posto, e pedindo vênua ao relator, voto pelo indeferimento da medida cautelar, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Plenário Virtual - Minuta do Voto 2023/0179